

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN NEGATORIA EN LA NUEVA LEI DE DEREITO CIVIL DE GALICIA

ANTONIO DÍAZ FUENTES

Abogado

En el mismo precepto que trata de los modos de adquisición de la servidumbre de paso se introduce (art. 82.2), con manifiesta incorrección sistemática, el fenómeno de prescripción (extintiva) de la acción negatoria.

No se trata ya de la adquisición del derecho de servidumbre por usucapión, sino del decaimiento de la acción que corresponde al propietario que sufre el paso para combatir el ejercicio de la servidumbre. Se trata de que, no habiéndose adquirido el paso, pueda seguir practicándose al privar de la acción negatoria al que lo soporta, por haber transcurrido un cierto tiempo sin ejercitarla. Se implanta ahora por la LDCG como un modo suplente, y en cierta manera subrepticio, de legalizar el ejercicio económico-práctico de una servidumbre no adquirida, y esta intención se revela precisamente por el lugar donde lo ha insertado el legislador, al tratar de los modos de adquisición de la servidumbre, aunque no lo sea.

Lo de la prescripción de la acción sin haberse producido la usucapión correlativa del derecho contrario es una disquisición reciente de la doctrina, surgida sobre todo acerca de la pérdida y adquisición del dominio por vía de prescripción. Pero enseguida se complicó y desdobló en dos temas: uno, si puede darse por prescrita la propiedad sin haberla usucapido alguien simultáneamente, y otro, si no habiendo completado el poseedor la usucapión del dominio, puede haber prescrito para el dueño originario, pese a ello, la acción reivindicatoria, sin haber prescrito el derecho de propiedad.

De seguir las elucubraciones enunciadas a este respecto por autores como ALBALADEJO¹ o PUIG BRUTAU² podríamos vernos en la situación de conservar la propiedad, pero no poder defenderla (un derecho desnaturalizado, sin protección), o bien dar por extinguida la propiedad misma sin haberla otro adquirido (llevando la cosa al estado de *res nullius*).

Con tal planteamiento se abandona la tesis clásica de que, en materia de prescripción del dominio, la llamada extintiva y la adquisitiva son dos vertientes de un mismo fenómeno³, ligadas entre sí necesariamente. En su lugar se propone que la extintiva sea autónoma, aunque no coincida con usucapación ganada por otro. Pero no acaba ahí el bosquejo, sino que, dando otro salto, a veces sin marcar suficientemente la distancia con la primera parte, se nos propone algo más insólito: sin extinguirse el derecho subjetivo, considerar la posibilidad de prescripción de la acción llamada a protegerlo frente al asalto o desafío de otro sujeto. Es decir, que subsista la propiedad en una persona y, sin embargo, tenga perdida la acción reivindicatoria, una situación que, desde el punto de vista tradicional conduce al absurdo, porque un derecho sin defensa no es nada y en el orden práctico provoca una posición insidiosa. La lógica y la seguridad jurídica descansaban muy bien en la postulación clásica de que derecho y acción van unidos o parejos, por la misma razón que fundamenta la regla *in facultatibus non datur praescriptio* (STS 3-3-1942, 8-6-1945, 28-11-1957, 31-1-1957). Es el mismo criterio por el cual la dicción del art. 1964 CC, de que no prescribe la acción para pedir la partición de la herencia, la división de la cosa común o el deslinde de las propiedades contiguas, se ha sabido interpretar, no como un axioma de imprescriptibilidad, sino como una norma más ceñida, de que no prescriben tales acciones mientras subsistan los derechos básicos que protegen -STS 8-6-1945 (RJ-700), 28-11-1957 (RJ-3424), 5-10-1976 (RJ-3874), entre otras muchas-. Todo esto servía para establecer que, regulada la usucapación del dominio por los arts. 1955 y 1959 CC, la prescripción extintiva de la propiedad lo está en los arts. 1962 y 1963, como prescripción del derecho subjetivo, aunque se diga prescripción de acciones por una imprecisión terminológica, porque el acabamiento del derecho lleva aparejada la muerte de la acción.

La teoría jurídica tradicional no reconocía entre el derecho y la acción otra distinción de la que pueda haber entre la situación estática y la dinámica del primero (la acción era el derecho que ha pasado de la potencia al acto o el derecho en pie de guerra), pero han surgido doctrinas (la acción como derecho subjetivo público que ostenta el ciudadano frente al Estado para obtener la protección de su derecho -de raigambre germánica- o la teoría de Chiovenda, de la acción como derecho subjetivo de la especie de los potestativos, público o privado, para obtener la actuación de la ley frente al adversario), que despertaron en algunos la consideración autónoma de la acción, con la idea de que el derecho y la acción pueden correr suertes diferentes en lo tocante a su vida y extinción.

¹ M. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I-2º, pp. 492-493 (nota 7).

² J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, I-1º, 2ª parte, p. 881 (6ª ed., Bosch, Barcelona, 1979).

³ L. DíEZ-PICAZO, *En torno al concepto de la prescripción*, en ADC, oct. 1963, pp. 969 y ss.; y en *La prescripción en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1964.

La primera reflexión debe ser para distinguir matices entre el concepto procesal de la acción y lo que nos ofrece la visión civilística.

Cuando hablamos de acción negatoria no decimos nada que tenga relieve procesal, no hacemos más que usar una forma cómoda de catalogación conceptual de una de las manifestaciones del dominio como derecho unitario amplio. Es en cierto modo un artificio de aislamiento resultante del método analítico que empleamos para estudiar y nombrar las acciones en el plano civil, o sea, formas de proyectarse el derecho de que se trata, ahora el de propiedad. La acción, vista en el orden procesal, será aquella facultad de impulsar la actividad jurisdiccional, un poder frente al Estado y/o frente al adversario para plantear la pretensión de tutela jurídica, pero en este plano no se aprecia la peculiaridad de la acción más que para elegir el orden jurisdiccional, precisar la competencia y discernir el procedimiento, y sin embargo aquello otro que designamos como acciones singulares con nombre propio -negatoria, confesoria, reivindicatoria, declarativa de dominio, *finis regundorum*, etc.- responden a una concepción civilística que no tolera una conceptualización independiente del derecho sustantivo, porque en cada caso se trata de una manifestación de éste, a lo más, un apéndice que no tiene vida separada del derecho que le sirve de base. Además, el número de acciones, en este plano civil, es mucho mayor que el de nombres catalogados, sin que respondan a tipos propios de un sistema formalista, como fue, en este aspecto, el del derecho romano. Esto denota que cuando sacamos el derecho subjetivo a la luz, como una gema, proyecta múltiples destellos, las facultades comprendidas o emanadas de aquél. Es por esto que la doctrina estaba harta de proclamar, en materia del Derecho de cosas, que no prescriben las acciones sino los derechos. Y el enunciado multiseccular de que acciones y derechos van unidos, sin ser susceptibles de prescripción separadamente, no fue únicamente una moda doctrinal, ni se trata de una formulación arcaica, sino que es una visión ligada a la naturaleza del derecho subjetivo y, además, un producto de la experiencia, que dio buenos frutos y evitaba disquisiciones peligrosas, en contraste con el desmembramiento que ahora se nos propone, que, aparte de producir una fractura jurídica, acarrea malos resultados.

Las facultades que integran el derecho subjetivo, especialmente el de propiedad, pueden ser innumerables y no es posible estar ejercitándolas permanentemente. En la práctica, y en cada momento dado, se ejercitarán unas y otras no, porque el titular está constantemente seleccionando las que mejor le acomodan a su presente interés; pero con usar algunas está ejercitando el derecho subjetivo unitario en que vienen integradas. Lo contrario plantearía una exigencia de ejercicio total que ni siquiera se ajusta bien al valor relativo actual de la propiedad, distanciada de la idea de poder absoluto.

Es cierto que la STS 29-4-1987 (RJ-2731) habló de la acción reivindicatoria "como efecto distinguible y separable y autónomo de la pérdida mediata del dominio, que se sigue a través de la perfección de la usucapión", pero esta aislada declaración no parece haber sido consagrada, ni se ha generalizado entre los tribunales inferiores. La Audiencia Provincial de Asturias en su sentencia de 19-3-2001, mostrando haber estudiado detenidamente la cuestión, asegura que la doctrina más moderna sostiene que la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y la usucapión han de ir indisolublemente unidas, y no una sin la otra.

En el campo de las servidumbres las cosas se complican todavía más, pues si la extinción de la acción reivindicatoria podría ser prácticamente equivalente a la pérdida de la propiedad, en cambio el propietario que resultase privado únicamente de la acción negatoria no vería, ni mucho menos, cancelado su derecho sobre la cosa. En el primer caso, trátase como se quiera, hay claudicación entera de la relación jurídica, pero en el segundo persiste una confrontación entre el *dominus*, que tiene su derecho y carecería de una acción defensiva específica, y el extraño, que entra en una situación *de facto*, sin haber ganado ningún derecho. Incluso prevendría a los defensores de esta innovación de no confiar demasiado en su operatividad: por ejemplo, si el titular del dominio inscrito ejercitase la acción del art. 41 de la Ley Hipotecaria, que deriva directamente del principio de legitimación registral, como el propio precepto dice, y no estando el ejerciente de la servidumbre asistido de un derecho sustantivo y real, dudo mucho que pudiese articular contradicción eficaz por las causas previstas ahora en el art. 444.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. ¿O es que también vamos a tomar el art. 82.2 de la LDCG como liquidador del principio de legitimación registral y del art. 38 LH que lo reconoce?

Por otra parte, si verdaderamente la ley civil tiene su normativa para instaurar servidumbres, declarando en cuáles y bajo qué supuestos opera la usucapión de las mismas, el envés de esta regulación debería ser rehusar la implantación de servidumbres en otras condiciones. No sólo se aparece como absurdo que decaiga para el propietario la acción negatoria, conservando la propiedad y no habiendo ganado otro la servidumbre, sino que el respetarla de facto semeja un fraude de ley -no lo será si ésta también lo admite, pero será una especie de esquizofrenia legal- pues no queriendo verla constituida en derecho subjetivo independiente más que del modo establecido, se la esquivo por el mecanismo indirecto de una prescripción del derecho de defensa frente al ejercicio de un contenido económico-práctico que la ley no ha querido consagrar como buen derecho, y nos colocamos ante dos desafíos: una situación de goce de un derecho que no se pudo ganar y una privación al propietario, en su cosa propia, de prohibir a otro el ejercicio de un poder o potestad que la ley no le quiso conceder por vía derecha.

Traemos a colación la autoridad de DÍEZ PICAZO, en su gran obra sobre la prescripción extintiva⁴: "*La acción que corresponde al propietario para defender la libertad del fundo frente a quien se está comportando, sin serlo efectivamente, como titular de un derecho real in re aliena, sólo prescribe cuando el demandado haya cumplido los requisitos necesarios para adquirir por usucapión el derecho real de que se trate. Esto quiere decir que no existe una prescripción extintiva de la acción negatoria separada de la usucapión del derecho real, que la prescripción comienza con la iniciación de la possessio ad usucapionem del derecho real y que su régimen jurídico no se rige por los arts. 1.962 y 1.963, sino por las normas que en el Código tratan de la prescripción adquisitiva de los derechos reales*".

⁴ *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, p. 198 (Civitas, Madrid, 2003).

Y LETE DEL RÍO⁵ asegura: "*La acción negatoria es imprescriptible. Esta acción o la posibilidad de ejercitarla se extingue en el momento en que la usucapión se produce (es decir, quien pretende ostentar el derecho lo adquiere por usucapión cuando el dueño de la cosa no interrumpe oportunamente el ejercicio de ese derecho). Por consiguiente, igual que en la reivindicatoria, en la acción negatoria no existe una prescripción extintiva al margen de la prescripción adquisitiva del derecho real*".

Hasta aquí se habían mostrado contrarias a la prescripción de la acción negatoria la AP de Lugo, en su S. 7-12-2004, de la sec. 1ª, (rollo de Sala 258/04), calificando de absurdo jurídico "que se produciría una excepción por prescripción de la acción, pero no tendría el correspondiente reflejo en la adquisición del derecho por usucapión", y la AP de Pontevedra, sec. 2ª, en su S. de 23-1-2003 (*La Ley Galicia*, suplemento de julio de 2003), la cual, aparte de otros argumentos, alumbra la razón soberana que yo transformo en la siguiente pregunta: en nuestro sistema civil y constitucional ¿cómo se puede mantener una limitación del dominio sin título?

Sin embargo, si a partir de ahora la Ley dicta la prescripción autónoma de la acción negatoria, por difícil que sea su justificación técnica, no podremos negarla ya. Pero podemos estudiar los problemas que el precepto plantea.

Si para la operatividad de esa prescripción extintiva de la acción negatoria sólo se ha de considerar el ejercicio que se realice a partir de la entrada en vigor de la propia ley no me causaría mayor preocupación, pudiendo confiar en que un parlamento más reflexivo⁶ pueda corregir la situación antes de cumplirse los treinta años previstos para este fenómeno prescriptivo.

Pero me temo que habrá quien pretenda aprovechar los años pretéritos de ejercicio del contenido de la servidumbre. Podría admitirse que aprovecharse el ejercicio realizado desde la vigencia de la LDCG de 1995, porque al reinstaurarse con ella la usucapión de la servidumbre misma (de paso), cabe dar por suspendida entonces la doctrina jurisprudencial anterior según la cual el uso de las servidumbres discontinuas se consideraba, desde 1889, no mediando título, como hecho tolerado, en régimen de precariedad. Era la orientación venida del Código napoleónico y la corriente derivada de los glosadores.

El nuevo ordenamiento gallego no ha venido a dar valor posesorio *ad usucapionem* a los actos meramente tolerados, puesto que si se prueba ese carácter, o el de clandestinos o violentos, dice el propio art. 82.2 quedar descartada la prescripción de la acción negatoria. Lo que hizo fue traspasar la carga probatoria: "Corresponde al dueño del predio presuntamente sirviente acreditar que el paso se ejercitó por pura tolerancia".

Pero esa inversión, en principio, se produjo únicamente para lo que acontezca desde la entrada en vigor de la nueva ley -el 29 de julio de 2006-, a no ser que ideáramos la pro-

⁵ *Protección del derecho de propiedad*, p. 69. Univers. de Santiago, 1975.

⁶ Nos estamos refiriendo a un texto que fue aprobado sin enmienda ni debate, por unanimidad de todos los grupos.

ducción de efecto retroactivo. A este respecto, la expresión de treinta años "contados desde el momento en que se comenzó a ejercitar el paso" viene a repetir la dicción del art. 25 de la anterior LDCG, que se reputó como una frase traída del art. 538 CC para marcar la concepción de servidumbre positiva, ya que en las negativas se requiere la mediación de un acto obstativo. Queda así reafirmado el régimen de las servidumbres positivas, que la de paso lo es sin duda alguna y está dispensada del acto obstativo para comenzar el tiempo de prescripción, pero ello no implica un efecto de retroactividad, y sin él, el apartado 2 del art. 82 de la LDCG carecería de efectos prácticos hasta pasar muchos años e incluso resultaría inútil, porque los casos de ejercicio antiguo de servidumbre colmarían el plazo de usucapión de la propia servidumbre en el año 2015, por aplicación del art. 25 de la Ley de 1995, empalmado con el art. 88 de la Ley actual, antes que prescribiera la acción negatoria en el 2036.

Pero si por tan tardía operatividad se quisiera suponer otra intención, para una aplicación inmediata, tendríamos que buscarla en la disposición transitoria 1ª: "A excepción de la posesión de una servidumbre de paso comenzada antes de la entrada en vigor de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, que no aprovechará al poseedor para los efectos de su adquisición por usucapión, lo dispuesto en el capítulo VIII del título VI de esta ley⁷ será aplicable a todos los actos y servidumbres de paso cualquiera que sea su fecha de realización o constitución". Pero tampoco esta disposición transitoria debe servir, en mi opinión, para entender ordenada la retroactividad.

En primer lugar, se observará que esta transitoria empieza enunciando que la posesión de una servidumbre comenzada antes de la Ley 4/1995 no aprovechará al poseedor para los efectos de usucapión. Por tanto, para la prescripción adquisitiva de la servidumbre no hay retroactividad. Y pudiendo reputarse que la usucapión de la servidumbre y la prescripción de la acción negatoria de la misma servidumbre son el haz y el envés de la misma cosa, las dos caras de la moneda, resultaría extraño que ese tiempo anterior no contase para una y para la otra sí. *A pari razione* debería ser aquí el criterio interpretativo, sobre todo al considerar que es la opinión inversa la que nos llevaría al campo del Derecho excepcional, que debe ser siempre la última hipótesis. Provocaría una radical contradicción: que bajo la misma situación fáctica que el ordenamiento no reconoce para adquirir la servidumbre se montase su aceptación práctica paralizando la acción del propietario sirviente para combatirla. El art. 4 CC debe ser para esta cuestión una buena pauta.

Y tampoco el siguiente inciso de esta disposición transitoria 1ª parece dar cobijo a la cuestión que nos ocupa, porque aplicando lo dispuesto en el capítulo VIII a las servidumbres de paso, cualquiera que sea la fecha de su constitución, está expulsando de su ám-

⁷ La Ley fue publicada con esta remisión al capítulo VII, que no se refiere a las servidumbres, sino a las serventías, y el art. 82, que enuncia la prescripción de la acción negatoria, no pertenece al capítulo VII, sino al VIII. Al parecer se hizo una mención errónea del capítulo, porque en la proposición de ley correspondía a las servidumbres el VII, pero en el curso parlamentario se introdujo otro, el II, para los montes abertales, por lo que el de las servidumbres pasó a ser VIII, pero nadie se cuidó de ajustar la referencia en la disposición transitoria 1ª, que seguía mencionando el numeral primitivo VII. Una corrección de error, publicada en el D.O.G del 29 de setiembre, elimina la remisión inadecuada.

bito las que no llegaron a constituirse. Las constituidas, cualquiera que sea su fecha, son las que han nacido a la vía jurídica y para ellas no es necesario recurrir a la prescripción de la acción negatoria. Lo recto que puede entenderse de esta transitoria primera es que las servidumbres preexistentes tienen un régimen nuevo que se les dedica en el capítulo VIII de la Ley, al cual han de someterse, pero no contiene un mandato de retroactividad. Sólo significa que cuestiones como la mera interclusión relativa para justificar necesidad de paso forzoso o la ampliación del existente, o que el confinamiento con camino público no excluye el enclavamiento predial, si está intransitable, o algunos matices nuevos que pueden hallarse en las secciones 2ª y 3ª del propio capítulo VIII, sobre el ejercicio de la servidumbre, derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente y sobre la extinción y suspensión de la servidumbre de paso, quedan automáticamente sometidas al nuevo régimen legal de la servidumbre de paso, aunque hayan nacido bajo otro anterior; pero esto no es un mandato de retroactividad.

No quiero olvidar que dicho segundo inciso también nos habla de actos, pero aparte de que la palabra acto no parece la idónea para referirse a una situación duradera en el tiempo, la prescripción de la acción negatoria no emana de actos, sino de la ausencia de ellos, de la pasividad del titular del predio sirviente. Realiza actos el ejerciente del contenido de la servidumbre, pero los suyos deberemos proyectarlos hacia la constitución o no de la misma -ya sabemos que los pretéricos no sirven para eso, por el primer inciso- y, en cambio, la prescripción extintiva (de la acción negatoria, en este caso) se deriva precisamente de la inacción.

Y, finalmente, si otros intérpretes quisieran hallar en tal disposición transitoria esa retroactividad objetaríamos que el intento de convertir la pasividad anterior del propietario en substrato apto para privarle de la acción negatoria, después de más de un siglo declarando el TS que el ejercicio de la servidumbre discontinua sólo responde a situación de tolerancia y precariedad, provocaría un atentado a la seguridad jurídica y mucho me temo que contraviniese los arts. 9º y 17 de la Constitución. Ya se previno de ello, para una situación semejante, la SAP Tarragona, sec. 2ª, de 16-6-1993 (La Ley, Rep. XIII-15945 a 15947)-en el tránsito de la Compilación de Cataluña de 1960 a la Ley 13/1990 sobre Acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad-, declarando que "no se puede privar de su derecho a quien confió que no le prescribiría extintivamente; ello atentaría, entre otros principios, contra el constitucional de seguridad jurídica", y si a ello se añade que ni la prescripción ordinaria, ni siquiera la inmemorial, son instituciones diferenciadas propias del derecho consuetudinario gallego -ver SSTSX de Galicia 25-1-1995 (RXG nº 9-6), 11-10-1996 (RXG nº 14-214) 29-4-1999 /RXG nº 23-109)-, porque la ordinaria llevaba más de un siglo sometida al Código Civil, y antes de él, tanto la ordinaria como la inmemorial estaban enraizadas en la legislación de Partidas, hay motivos para deducir un verdadero atropello jurídico en el intento de computar el tiempo anterior para la prescripción de la acción negatoria.

Se trata de un principio universal, casi un imperativo de la más elemental juridicidad, el que está recogido en la 3ª de las disposiciones transitorias del CC: las normas que sancionan con privación de derechos los actos u omisiones que carecían de sanción en las

leyes anteriores no son aplicables al que cuando éstas se hallaban vigentes hubiese incurrido en la omisión o ejecutado el acto prohibido por la ley nueva. Despojar a alguno de un derecho por no haberlo ejercitado de una determinada manera que hasta ayer no tenía consecuencias omitir, es una verdadera expoliación, reprobada por la disposición transitoria 3ª del CC.

Se puede soslayar esta cita del derecho común invocando el carácter prevalente del Derecho Civil gallego en su propio ámbito, pero con ello no se esquivo la antijuridicidad esencial del criterio que combatimos y por encima de los dos ordenamientos citados hay una norma constitucional que garantiza "la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables" (art. 9.3 CE). Ya se sabe que el concepto de leyes sancionadoras no se refiere solamente a las penales, sino igualmente a las civiles y a las administrativas que impongan sanciones, en el sentido de que establezcan pérdida de derechos. Es muy verosímil, por tanto, que se pueda estimar vulnerado este precepto constitucional si diéramos en reputar prescriptible la acción negatoria de servidumbre por un cambio doctrinal que no se asumía en la ley anterior y contando el tiempo pretérito en que no se aceptaba.

Algunos conejillos de Indias tendrán que gastarse el dinero y consumir los malos humores hasta que los tribunales se pronuncien, quizá hasta muy arriba, si no se fragua pronto una opinión compartida.